

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DIOGO DE LACERDA GONÇALVES CHAVES

**A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A VALIDADE DO ATO
ADMINISTRATIVO**

CURITIBA

2007

DIOGO DE LACERDA GONÇALVES CHAVES

**A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E A VALIDADE DO ATO
ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada como
requisito parcial à conclusão do Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Pedro Henrique
Xavier

CURITIBA

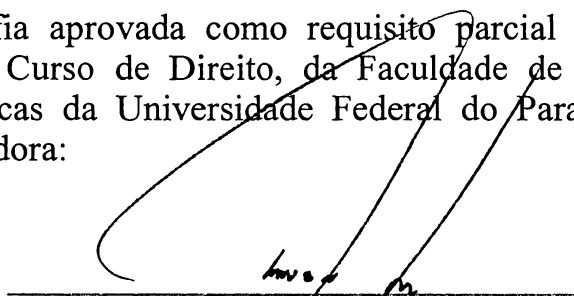
2007

TERMO DE APROVAÇÃO

DIOGO DE LACERDA G CHAVES

A Máxima da Proporcionalidade e a Validade do Ato Administrativo

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



PEDRO HENRIQUE XAVIER
Orientador



ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO
Primeiro Membro



ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO
Segundo Membro

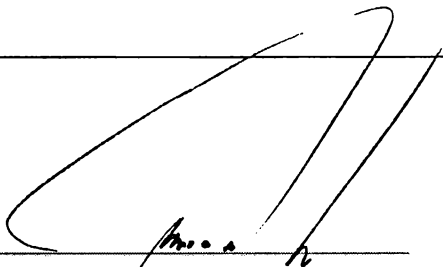


Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **DIOGO DE LACERDA
G CHAVES**

Aos sete dias do mês de novembro do ano de 2007, às 18:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) DIOGO DE LACERDA G CHAVES, sobre o tema, “A Máxima da Proporcionalidade e a Validade do Ato Administrativo”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, PEDRO HENRIQUE XAVIER, (Orientador), ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO e ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 9,5, 9,5 e 9,5; perfazendo a média igual a 9,5.

Obs.:


Curitiba - PR, 07 de novembro de 2007.



PEDRO HENRIQUE XAVIER



ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO



ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

AGRADECIMENTOS

Aos professores Eduardo de Oliveira
Leite e Elimar Szaniawski, por terem,
direta ou indiretamente, contribuído.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO..... 6

2. OS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO..... 7

2.1. SUJEITO..... 8

2.2. MOTIVO..... 9

2.3. OBJETO..... 10

2.4. FORMA.....10

2.5. FINALIDADE.....11

3. A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO..... 12

3.1. LEGALIDADE..... 15

3.2. FINALIDADE..... 16

3.3. PROPORCIONALIDADE?..... 17

4. A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE..... 17

4.1. FUNDAMENTO..... 17

4.1.1. Regras e Princípios..... 18

4.1.2. Conflitos de Regras e Colisões de Princípios.....19

4.2. ESTRUTURA..... 22

4.2.1. Adequação..... 24

4.2.2. Necessidade.....27

4.2.3. Proporcionalidade em Sentido Estrito.....31

5. A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DA VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO..... 35

6. A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO..... 39

7. CONCLUSÃO..... 46

REFERÊNCIAS..... 48

1. Introdução

Após constatar que, ao lado dos princípios que de longa data informam o Direito Público, há outros que “são, apenas, novos nomes para aqueles, ou simples facetas ou desdobramentos seus”, Sergio de Andréa Ferreira ensina que “a invocação genérica e indiscriminada desses princípios, sem a devida identificação de seu conteúdo e sua aplicabilidade ao caso individualizado”, consiste em uma “prática nociva”.¹

A veracidade dessa observação se mostra cristalina quando se tem em vista a máxima da proporcionalidade. Na seara do Direito Administrativo, a doutrina pátria não hesita em se referir à proporcionalidade como um “princípio importantíssimo”.² Marçal Justen Filho chega a defender a própria imprescindibilidade do postulado, dizendo que “a evolução do pensamento jurídico conduziu à utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento técnico **indispensável** para produzir a harmonia no sistema jurídico.”³

Entretanto, ao contrário do que ocorre com a prontidão em render louvor à máxima da proporcionalidade, inexistente entre os autores um consenso acerca do conteúdo desse postulado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, sustenta que dita máxima exige uma mera proporcionalidade entre meios e fins⁴ – ou seja, entre o objeto e a finalidade do ato administrativo – ao passo que Celso Antônio Bandeira de Mello, em certa passagem de uma obra sua, alega que o postulado requer, isto sim, uma proporcionalidade entre o meio e a situação que o demandou⁵ – vale dizer, entre o objeto e o motivo do ato.

Ao lado desses autores, que apresentam a máxima da proporcionalidade sem fazer qualquer menção a máximas parciais, há aqueles que desdobram o postulado em três exigências, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Também aqui a doutrina é vacilante. Lúcia Valle

¹ FERREIRA, Sergio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. **Revista de direito administrativo**, 220/121.

² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, p. 50.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 58. Grifou-se.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 95.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 75.

Figueiredo, por exemplo, menciona as máximas parciais, mas não expõe o conteúdo e o modo de aplicação de cada qual.⁶ Justen Filho, a seu turno, comenta o significado das três exigências, mas o faz mediante o uso de expressões que não singularizam as máximas parciais de modo satisfatório. Basta ver que, em seu pensamento, a proporcionalidade em sentido estrito requer “compatibilidade entre a providência e a ordem jurídica” ou, ainda, que o ato seja “compatível com os valores consagrados na Constituição e nas leis.”⁷ Contudo, tais exigências não são uma particularidade da proporcionalidade ou de uma de suas máximas parciais.

Dado esse contexto, a incorreta (e, portanto, nociva) aplicação da máxima da proporcionalidade não causa admiração. Preocupa, porém. Destarte, convém delinear, com exatidão, tanto o conteúdo quanto o modo de aplicação do postulado em comento, bem como determinar a relação dele com o que se chamará de teoria tradicional do ato administrativo, para que se possa, ao final, verificar se há alguma necessidade ou utilidade em se invocar a proporcionalidade na verificação da validade do ato administrativo. É o que se buscará fazer a seguir.

2. Os Elementos do Ato Administrativo

No presente trabalho, será qualificada de tradicional aquela teoria que se pauta no estudo dos elementos do ato administrativo, método este que reclama algumas observações prévias.

Inicialmente, deve-se ter em mente que “os elementos essenciais encontram-se fundidos no acto, formam uma unidade que só a análise lógica dissocia para maior comodidade de estudo.”⁸

Por outro lado, a mencionada unidade não significa que, para se compreender o ato administrativo, o exame de sua anatomia seja inútil ou mesmo contraproducente. Para ilustrar, veja-se o emblemático caso de Afonso Rodrigues Queiró. Após mencionar as “condições de fato em que a Administração deve agir”, ele afirma que “êstes fatos, a competência e os fins ou atribuições são essencialmente uma

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 51.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 60, 387.

⁸ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, p. 391.

e a mesma coisa”. E acrescenta: “são formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma dividir e subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas do direito administrativo.”⁹

Curiosamente, porém, o próprio Queiró é quem, ao discorrer acerca dos limites do poder discricionário, se vale expressamente da teoria dos elementos do ato administrativo,¹⁰ reconhecendo, assim, ainda que tacitamente, a utilidade das divisões às quais o ato se submete no plano teórico.

De acordo com André Gonçalves Pereira, “o escopo prático do estudo dos elementos do acto administrativo é o de permitir a descrição dos vícios do acto, isto é, a ‘anatomia’ é um ponto de passagem indispensável para a ‘patologia’ do acto.”¹¹ E é justamente no plano de validade do ato administrativo que este trabalho se concentrará. Portanto, a decomposição do ato em seus elementos será de grande valia neste estudo, como se verá.

Com base no exposto, pode-se afirmar que o ato administrativo reúne estes cinco elementos: sujeito, motivo, objeto, forma e finalidade.

2.1. Sujeito

Sujeito do ato administrativo é a pessoa que o pratica.

Há quem chame este primeiro elemento de competência. Entretanto, “é preferível fazer referência ao sujeito, já que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para validade do ato”¹², sob pena de se operar uma confusão entre dois planos absolutamente distintos entre si: o de perfeição – ora em consideração – e o de validade do ato. Nesse equívoco incorre, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, o qual, referindo-se ao ato administrativo, em um primeiro momento

⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. Parte primeira. **Revista de Direito Administrativo**, 6/53-54.

¹⁰ Diz ele: “por vêzes os órgãos administrativos podem escolher, dentro de vários fins imediatos, dentro de certa categoria de fins próximos, um para o seu agir concreto; em muitos casos, e quanto a certos pontos, **quanto a certos elementos dos atos administrativos**, no Estado de Direito é também negada a possibilidade de um controle judiciário” (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, 6/43. Grifou-se).

¹¹ PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**, 106.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 213.

alista a competência como um dos “cinco requisitos necessários à sua **formação**” e, logo em seguida, afirma que “para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua **validade**.”¹³

2.2. Motivo

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, motivo “é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.” Pressuposto de direito seria “o dispositivo legal em que se baseia o ato”, ao passo que o pressuposto de fato corresponderia “ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.”¹⁴

Tais pressupostos são apreendidos e apreciados pelo agente (pessoa natural que se coloca na posição de sujeito do ato) ao longo daquilo que Michel Stassinopoulos chama de etapas sucessivas da ação administrativa (*les étapes successives de l'action administrative*), que seriam estas quatro: interpretação da lei (*interprétation de la loi*), constatação dos fatos materiais (*constatation des faits matériels*), submissão dos fatos à regra de direito (*soumission des faits à la règle de droit*) e formação da vontade (*formation de la volonté*).¹⁵

Na primeira etapa – ainda é o pensamento de Stassinopoulos – o agente interpreta a lei para dela extrair a regra jurídica, que se torna a premissa maior do silogismo a ser desenvolvido. Na segunda, ele toma conhecimento do caso concreto. Em seguida, o agente aprecia o caso concreto no sentido de verificar se a situação constatada está ou não incluída no âmbito de aplicação da regra, pesquisa esta cujo resultado passa a constituir a premissa menor do silogismo. E, na derradeira etapa, o agente conclui o silogismo com a formação da vontade a ser declarada.¹⁶

Afora isso, deve ficar consignado que motivo, motivação e causa do ato não são sinônimos. A motivação é a exposição do motivo. Este sempre estará

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 127-128. Grifou-se.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 220.

¹⁵ STASSINOPOULOS, Michel. D. **Traité des Actes Administratifs**, p. 146.

¹⁶ STASSINOPOULOS, Michel. D. *Idem*, ibidem.

presente, ao passo que aquela será exigível apenas nos casos previstos em lei.¹⁷ E, para André Gonçalves Pereira, “a causa é uma relação de adequação entre os pressupostos do acto e o seu objeto.”¹⁸

2.3. Objeto

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “objeto ou conteúdo é o **efeito jurídico imediato que o ato produz**.”¹⁹ Na esteira desse pensamento, só se poderia falar em objeto com a efetiva implementação do aludido efeito. Não obstante, ainda que o efeito pretendido pelo sujeito não seja atingido, o objeto não estará necessariamente descaracterizado como tal. Logo, o entendimento mais apropriado é o que se filia ao ensino de José Cretella Júnior, para quem “objeto do ato administrativo é o **efeito prático que, na órbita administrativa, o sujeito pretende alcançar** através de sua ação”.²⁰

Ademais, embora a autora supra citada fale indistintamente em “objeto ou conteúdo”, cumpre registrar que certa parcela da doutrina estabelece uma distinção entre um e outro. É o que faz Celso Antônio Bandeira de Mello. Em alusão a Guido Zanobini, ele leciona que conteúdo é aquilo **que** se decide, ao passo que objeto seria aquilo **sobre que** se decide.²¹

2.4. Forma

A forma é o elemento que diz **como** o ato veio à existência. Pode ela ser entendida sob duas concepções: uma restrita e outra ampla.

¹⁷ Esse é o ensino de Gaston Jèze, segundo o qual “los agentes públicos sólo están obligados a motivar sus actos, cuando la ley o un reglamento así lo disponen. A falta de texto legal, no necesitan fundar sus decisiones” (JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**, v. 3, p. 232). Diversa é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo pensamento aponta para a necessidade de motivação quando se tratar de ato praticado no exercício da competência discricionária (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 383). Di Pietro, a seu turno, defende a regra da obrigatoriedade da motivação, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 221).

¹⁸ PEREIRA, André Gonçalves. Obra citada, p. 122.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 216.

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, p. 257.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 374.

Na primeira delas, tem-se a forma externa, que consiste no invólucro do ato. “Nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.”²²

Já na segunda das acepções da palavra, “tem-se a forma interna, que vem a ser o procedimento, a sequência de atos e operações necessárias à expedição do ato.” Tomando-se em conta este segundo significado, é possível afirmar que “o ato administrativo só se aperfeiçoa quando esgotado o procedimento administrativo.”²³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza as duas idéias por dizer que, “na concepção restrita de forma, considera-se cada ato isoladamente; e, na concepção ampla, considera-se o ato dentro de um procedimento.”²⁴

Embora a expressão “forma” admita, no presente contexto, dois significados, a maior importância cabe, sem dúvida, à forma interna, por ser a que melhor permite investigar a legitimidade da atividade administrativa.²⁵

2.5. Finalidade

Há, ainda, a finalidade do ato administrativo. Segundo Caio Tácito, “a finalidade é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico e material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa.”²⁶ Sendo assim, chega-se à finalidade com a indagação: **para que se praticou o ato?**²⁷

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.”²⁸ Mas, para Caio

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 217.

²³ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**, p. 104, 106.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 217.

²⁵ É neste sentido da expressão que se faz bastante pertinente a seguinte lição de Gaston Jèze: “en derecho público [...] las formas son garantías automáticas creadas por las leyes o los reglamentos para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, evitando las decisiones irreflexivas, prematuras, insuficientemente estudiadas. Los agentes administrativos no tienen, para combatir su negligencia o su imprudencia, la preocupación de su interés o de su responsabilidad personales. Es preciso, pues, proteger automáticamente mediante formas, al mismo tiempo, los intereses generales e la colectividad y los intereses particulares de los individuos afectados por las medidas adoptadas por los agentes públicos.” (JÈZE, Gaston. Obra citada, p. 291).

²⁶ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, p. 61.

²⁷ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**, p. 105.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 219.

Tácito, “o resultado visado pelo agente constitui o objeto do ato administrativo.”²⁹ Em última análise, dois elementos distintos estariam recebendo uma mesma definição. Com o fito de deixar consignada a diferença entre um e outro elemento, Di Pietro assevera que, “enquanto objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz” – ou melhor, o efeito imediato que se visa produzir, conforme esclarecido alhures (ver 2.3) – “a finalidade é o efeito mediato.” Vale dizer: “a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).”³⁰

No plano da existência, essas breves linhas são suficientes para caracterizar este quinto elemento. Ocorre que, ao discorrer acerca da finalidade do ato administrativo, José Cretella Júnior acrescenta que “a afirmação do fim como elemento essencial do ato administrativo é uma das grandes conquistas do direito público moderno por haver contribuído eficazmente para eliminar o conceito autoritário de governo.”³¹ A observação faz lembrar que este elemento merece maiores considerações, as quais, porém, devem ser tecidas no campo da validade do ato administrativo.

3. A Validade do Ato Administrativo

Presentes todos esses cinco elementos, o ato administrativo **existe**. Mas, para que ele seja **válido**, é preciso que, uma vez presentes, os elementos atendam a requisitos específicos.

Quanto ao primeiro elemento, requer-se que o sujeito seja competente. E falar em agente competente equivale a falar em agente legal, pois “a competência resulta da lei e por ela é delimitada.”³² Nas palavras de Caio Tácito, “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.”³³

No que diz respeito ao motivo, exige-se a existência tanto do pressuposto de fato quanto do pressuposto de direito alegados pelo agente para justificar a prática do ato, pois “não somente podem inexistir os fatos argüidos pela

²⁹ TÁCITO, Caio. Obra citada, p. 59.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 219.

³¹ CRETELLA Júnior, José. **Curso de Direito Administrativo**, p. 271.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 128.

³³ TÁCITO, Caio. Obra citada, p. 26.

administração, como serem, por sua natureza, indiferentes ao direito. Em qualquer dessas hipóteses, não se poderá o administrador valer deles como justificativa do ato praticado.”³⁴

Ainda no âmbito do motivo, é necessário que o ato seja fruto de uma apreciação correta dos pressupostos. “Se o administrador deduziu o seu procedimento de um fato inexistente, ou de falsa interpretação de um fato real, carece a validade do ato de seu alicerce material. Inexistente ou vicioso o motivo – que é o antecedente, ilegítimo será o ato – que é o conseqüente.”³⁵

Novamente, o requisito é de legalidade. De fato, “a existência ou não dos motivos é matéria de ordem objetiva: a sua observação imperfeita provocará um erro de fato ou de direito, sujeito ao controle de **legalidade**.”³⁶ É verdade que, no contexto das quatro etapas da ação administrativa esboçadas por Michel Stassinopoulos (ver 2.2), o que se requer é uma correta aplicação das regras da lógica, pois trata-se da realização de um silogismo. Todavia, o próprio Stassinopoulos ensina que a lei faz remissão tácita, mas inevitável, às regras da lógica, de modo que, na ação administrativa, a violação da lógica se assemelha à violação da lei ela mesma.³⁷

Em relação ao objeto, este será válido quando lícito. E objeto lícito é aquele que se encontra de acordo com a lei. Como leciona José Cretella Júnior, “licitude é o traço do objeto que não contraria a norma legal.”³⁸ Essa legalidade é indispensável tanto em caso de vinculação quanto na hipótese de discricionariedade. Com efeito, “nos atos vinculados o objeto estará predeterminado na norma legal; na competência discricionária deverá se enquadrar nos limites legais da liberdade de apreciação concedida à administração.”³⁹

Outrossim, de acordo com Odília Ferreira da Luz, “a forma deve ser aquela prescrita em lei, inclusive no que toca ao procedimento”. A mesma autora

³⁴ TÁCITO, Caio. Idem, p. 8.

³⁵ TÁCITO, Caio. Idem, p. 69.

³⁶ TÁCITO, Caio. Idem, p. 67. Grifou-se.

³⁷ “La situation matérielle constatée doit être ensuite soumise à la règle de droit. Cette soumission est une action toujours liée par la loi, à la quelle elle se trouve subordonnée du fait que la soumission de la situation constatée à la règle de droit n’est que le résultat du fonctionnement des règles de la logique, auxquelles la loi renvoie tacitement, mais inévitablement. Toute violation de ces règles est assimilée à la violation de la loi elle-même.” (STASSINOPOULOS, Michel. D. Obra citada, p. 155).

³⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, p. 257.

³⁹ TÁCITO, Caio. Obra citada, p. 59.

sustenta que a ilegalidade de forma se apresenta “sob duas modalidades: preterição de formalidade essencial e procedimento incompleto ou defeituoso. A primeira consiste na ausência de ato ou procedimento legalmente previstos como requisitos de validade do ato”, ao passo que, “na segunda modalidade, o procedimento previsto em lei é seguido, mas apresenta omissões ou defeitos que comprometem a validade do ato administrativo”.⁴⁰

Por derradeiro, requer-se que o ato administrativo seja praticado sob finalidade pública. Mais ainda, é necessário que, ao realizar o ato, o agente seja impelido pela finalidade pública específica contemplada explícita ou implicitamente na regra de competência.

Atento a essas duas espécies de finalidade, Tácito aduz que “não é suficiente que o ato administrativo se enderece a uma finalidade qualquer de interesse coletivo. É necessário que se observe a finalidade específica, ou seja, o fim expresso ou explícito relacionado com a própria natureza do ato.” Daí a expressão “finalidade legal específica”.⁴¹

De modo similar, Romeu Bacellar Filho frisa que “todo ato administrativo deve ter finalidade pública, ou seja, deve ter um sentido voltado ao alcance de um fim público, do bem-estar coletivo”, sem olvidar, contudo, que “cada ato administrativo resulta concebido para atingir finalidade específica, portanto, um ato não pode ser utilizado para atingir finalidade diversa daquela que lhe é característica”.⁴²

Como visto, todos os requisitos de validade do ato administrativo convergem para a legalidade. Isso autoriza a seguinte síntese: na teoria tradicional, ato administrativo válido é aquele que se encontra em conformidade com a lei.

⁴⁰ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**, p. 107. Para exemplificar a primeira modalidade de vício de forma, a autora menciona a falta de prévio procedimento disciplinar para a demissão de funcionário público estável, a ausência de licitação para a adjudicação de obras ou serviços e a falta de requerimento do interessado para a aposentadoria facultativa. E, para ilustrar a segunda modalidade, são citados o procedimento disciplinar para demissão de funcionário, sem oportunidade para ampla defesa, e a licitação afetada por ilegalidade.

⁴¹ TÁCITO, Caio. Obra citada, p. 61.

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**, p. 58-9. Por essa razão, “se o agente dispõe de competências distintas para a prática de atos distintos, não pode, sob pena de invalidade, valer-se de uma competência expressada pelo ato ‘x’ com o fito de alcançar a finalidade ‘z’ que deveria ser atingida por meio do ato ‘y’.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 386).

3.1. Legalidade

Por assumir tamanha importância na teoria da validade do ato administrativo, a legalidade pode ser encarada como a própria essência do regime jurídico administrativo.

Com efeito, incidem sobre a Administração Pública normas tanto de Direito Público quanto de Direito Privado. Acerca da diferença entre ambas, Jean Rivero aduz que “as normas do direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de acção sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”⁴³. Logo, o regime jurídico de Direito Público a que a Administração Pública se submete (i.e., o regime jurídico administrativo) compõe-se, basicamente, de prerrogativas e sujeições, as quais se expressam mediante princípios. O principal deles é o da legalidade.

Nas relações travadas entre particulares, a legalidade significa que são lícitas todas as condutas não proibidas em lei. Na seara do Direito Administrativo, contudo, esse postulado assume outro conteúdo, passando a dispor que a Administração Pública só pode agir quando tal atuação contar com previsão legal. “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”⁴⁴ É como ensina Stassinopoulos: no contexto de um Estado de Direito, a Administração se encontra impossibilitada de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas é sempre obrigada a agir *secundem legem*.⁴⁵ Ruy Cirne Lima arremata: “jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.”⁴⁶

Embora seja o mais saliente, a legalidade não é o único princípio do

⁴³ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, p. 42.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 78.

⁴⁵ “Or la loi n’est pas seulement la limite de l’acte administratif, mais sa condition et sa base. Dans un État de droit, l’administration ne se trouve pas seulement dans l’impossibilité d’agir **contra legem** ou **praeter legem**, mais elle est obligée d’agir toujours **secundem legem**.” (STASSINOPOULOS, Michel D. Obra citada, p. 69).

⁴⁶ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**, p. 22.

regime jurídico administrativo. Outro princípio importantíssimo que rege a atividade administrativa é o da supremacia dos interesses públicos, também chamado de princípio da finalidade.⁴⁷

3.2. Finalidade

“Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.”⁴⁸

Este outro princípio – o da supremacia do interesse público sobre o particular – determina, como o nome já diz, que o ato administrativo seja praticado com o escopo de satisfazer o interesse público, ao qual se atribui primazia sobre os interesses individuais. Em última análise, isso se aplica não só à finalidade genérica, mas também à finalidade específica do ato, mesmo porque o interesse público deve se fazer presente “tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública.”⁴⁹ Mais uma vez, a síntese é de Ruy Cirne Lima: “o fim, – e não a vontade, – domina tôdas as formas de administração.”⁵⁰

Desse postulado decorre o princípio da indisponibilidade, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor das prerrogativas que lhe são conferidas pela lei. “Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão.”⁵¹

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 82.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 79. Note-se, contudo, que, além de restrições, a legalidade confere prerrogativas à Administração Pública, ao passo que, além de prerrogativas, o postulado da supremacia do interesse público impõe restrições à atividade administrativa do Estado.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 82.

⁵⁰ LIMA, Ruy Cirne. Obra citada, p. 22.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 84.

3.3. Proporcionalidade?

Conforme visto, o regime jurídico administrativo configura um conjunto de prerrogativas e sujeições e se resume a dois princípios: legalidade e finalidade. Nisso, a doutrina é pacífica. Todavia, tais princípios costumam ser desdobrados em outros, os quais, por sua vez, passam a ser considerados como elementos daquele regime jurídico. Como resultado, fala-se, por exemplo, em princípio da impessoalidade, da especialidade, da hierarquia, da tutela e da autotutela.

Mais recentemente, a doutrina pátria tem feito crescente referência ao que é freqüentemente denominado de princípio da proporcionalidade. Aqui, porém, ao contrário do que acontece quanto aos princípios da legalidade e da finalidade, a doutrina não é sólida, como visto na introdução do presente trabalho. A despeito disso, Marçal Justen Filho eleva o princípio da proporcionalidade à condição de “instrumento indispensável para a existência do sistema jurídico e a preservação dos valores fundamentais”.⁵² Para se averiguar se é realmente assim, cabe, agora, analisar em detalhes a máxima da proporcionalidade.

4. A Máxima da Proporcionalidade

4.1. Fundamento

O fundamento da máxima da proporcionalidade é apresentado por Robert Alexy nos seguintes termos:

“entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Esta conexão não poderia ser mais estreita: o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela. Que o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade significa que a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado de ponderação propriamente dito) se infere logicamente do caráter de princípio, quer dizer, é dedutível dele.”⁵³

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 58.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 111-112. “Ya se ha insinuado que

Fica claro, então, que a máxima da proporcionalidade se sustenta na teoria dos princípios defendida por Alexy. Nessa teoria, os princípios são concebidos como mandamentos de otimização em relação às possibilidades fáticas e jurídicas existentes. “E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.”⁵⁴

O conceito de princípio como mandamento de otimização merecera cuidadosa análise e sistematização por parte de Alexy no livro **Theorie der Grundrechte**, cuja tradução em espanhol recebeu o título **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Cumpre, pois, traçar as linhas gerais do que o mencionado autor ensinou sobre o assunto naquela obra.⁵⁵

4.1.1. Regras e Princípios

Sem esquecer que, amiúde, a contraposição indicada pela doutrina e pela jurisprudência é entre norma e princípio ou norma e máxima, Robert Alexy adota a teoria que classifica as normas em princípios e regras. Para ele, toda norma é uma regra ou um princípio.⁵⁶ Isso significa que, no universo normativo, ambas as espécies

entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él.”

⁵⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, 798/44.

⁵⁵ A produção bibliográfica sobre o assunto é bastante extensa. Na língua portuguesa, por exemplo, podem ser mencionadas as obras de Joaquim José Gomes Canotilho (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003), Humberto Bergmann Ávila (A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 215, p. 151-179, 1999), Suzana de Toledo Barros (**O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000) e Raquel Denize Stumm (**Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995). Entretanto, a sua base é a obra de Alexy. Por essa razão, e para evitar a fuga ao tema, este trabalho se concentrará na obra deste último autor.

⁵⁶ ALEXY, Robert. Obra citada, p. 83, 87.

seriam conjuntamente exaustivas e mutuamente exclusivas.

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios” – sustenta o aludido autor – “é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”, ao passo que as regras seriam “normas que só podem ser cumpridas ou não”. Destarte, para o mencionado autor, “os princípios são **mandamentos de otimização**, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas”, ao passo que “as regras contêm **determinações** no âmbito do fáctica e juridicamente possível”, pois, na esteira do mesmo pensamento, se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.⁵⁷ Os princípios, portanto, estabelecem direitos **prima facie**; as regras, direitos definitivos.

Eis, portanto, a primeira distinção: os princípios seriam, na tradução que Luís Virgílio Afonso da Silva faz da expressão, “mandamentos de otimização”⁵⁸, ao passo que as regras consistiriam em normas que só poderiam ser cumpridas ou não. Tal diferença se projeta na dessemelhança entre conflito de regras e colisão de princípios.

4.1.2. Conflitos de Regras e Colisões de Princípios

As colisões de princípios e os conflitos de regras teriam algo em comum: “o fato de que duas normas, aplicadas isoladamente, conduzem a resultados incompatíveis, quer dizer, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios. Se

⁵⁷ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los **principios** son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las **reglas** son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen **determinaciones** en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 86, 87. Os grifos estão na tradução em espanhol).

⁵⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, 798/25. E acrescenta, em nota de rodapé: “não é recomendável que se use, por influência da tradução espanhola da obra de Robert Alexy, o termo ‘**mandato** de otimização’, pois não se trata de um mandato.”

diferenciam”, porém, “na forma como se soluciona o conflito.”⁵⁹

De acordo com Robert Alexy, há duas saídas para se solucionar um conflito entre regras: introduzindo em uma delas uma cláusula de exceção ou declarando inválida, pelo menos, uma das regras. A segunda solução é subsidiária da primeira. Ou seja, se for constatada a aplicabilidade de duas regras com consequências reciprocamente contraditórias no caso concreto e esta contradição não puder ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.⁶⁰

No intuito de ilustrar o primeiro modo de se resolver conflitos entre regras, Alexy faz uma contraposição entre a regra que proíbe abandonar a sala antes que soe o sinal de saída e a regra que contém a ordem de abandonar a sala em caso de alarme de incêndio: se não soou o sinal de saída e o alarme de incêndio foi disparado, sair da sala será uma conduta permitida e proibida simultaneamente. Para se solucionar esse conflito entre dois juízos concretos de dever ser contraditórios entre si, insere-se na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso de alarme de incêndio.⁶¹

E, para exemplificar a segunda forma de solução de conflitos entre regras, Alexy cita o caso real em que certa regra, de Direito federal alemão, permitia que os comércios permanecessem abertos durante os dias de semana entre as 7 e as 19 horas, enquanto que outra, emanada de um Estado federado, proibia a abertura dos estabelecimentos nas quartas-feiras depois das 13 horas. Assim, abrir os comércios nas quartas-feiras à tarde seria uma conduta permitida e proibida ao mesmo tempo. Diante da impossibilidade de dirimir o conflito mediante uma cláusula de exceção, considerou-se uma das regras inválida – a de direito estadual, pois, segundo uma outra regra então em vigor, “o direito federal tem prioridade sobre o direito dos Estados

⁵⁹ “Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 87).

⁶⁰ “Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, per lo menos, una de las reglas. [...] Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 88).

⁶¹ ALEXY, Robert. Obra citada, p. 88.

federados”.⁶²

Outrossim, ainda segundo Alexy, “quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante ao outro”. Isso, porém, não implicaria na inserção de uma cláusula de exceção em um dos princípios, nem na declaração de invalidade de, pelo menos, um deles, com se faz com os conflitos de regras. O que aconteceria, isto sim, “é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa.” Isso, conclui Alexy, “é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios tem diferente peso e que prima o princípio com maior peso.”⁶³ Portanto, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto.

À guisa de exemplo, Alexy traz a lume o caso de certa emissora de televisão que desejava exibir um documentário acerca do assassinato de quatro soldados ocorrido em Lebach. Uma pessoa que tinha sido condenada por conta do delito, que estava prestes a abandonar a prisão, que seria mencionada no documentário e cuja fotografia nele apareceria entendeu que a cogitada apresentação televisiva violaria seu direito fundamental à proteção da personalidade. O princípio invocado, porém, se encontrava, naquela situação concreta, em tensão com o princípio da liberdade de informação. Ou seja, a emissão estaria proibida por um princípio e, ao mesmo tempo, permitida por outro.

Segundo Alexy, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que, tratando-se de “repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde já a interesses atuais de informação” e “que põe em perigo a ressocialização do autor”, a proteção da personalidade teria precedência frente à liberdade de informação. Isso

⁶² ALEXY, Robert. Obra citada, p. 88, 89.

⁶³ “Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.” A referência ao peso resulta de uma paráfrase a Ronald Dworking (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 89).

significa que, **naquele caso concreto**, diante daquelas circunstâncias, a liberdade de informação – e, conseqüentemente, a emissão do documentário – estaria proibida.⁶⁴ Não obstante, em outras situações, poderia acontecer que o princípio precedente fosse o da liberdade de informação, em detrimento do princípio de proteção à personalidade. Daí a expressão “relação de precedência condicionada”.⁶⁵

Entenda-se: tanto o princípio da proteção à personalidade quanto o princípio da liberdade de informação expressam, em abstrato, **direitos prima facie**. Entretanto, sob certas circunstâncias, o primeiro princípio passa a expressar um **direito definitivo** e o segundo, um **não-direito definitivo**. É como se, naquelas situações, o princípio da proteção à liberdade fosse uma regra e o princípio da liberdade de informação não existisse. Em linguagem mais técnica, essa “lei da colisão” dispõe que, “se o princípio P_1 , sob as circunstâncias C , precede ao princípio P_2 : $(P_1 \text{ P } P_2) C$, e se de P_1 sob as circunstâncias C resulta a conseqüência R , então vale uma regra que contém a C como suposto de fato e a R como conseqüência jurídica”.⁶⁶

Essa ponderação de princípios, no entender de Alexy, é exigida pelo que ele chama de máxima da proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁷ Tal máxima parcial, a seu turno, consiste na última etapa da máxima da proporcionalidade, cuja estrutura se analisará a seguir.

4.2. Estrutura

Na teoria de Alexy, a **máxima da proporcionalidade** é composta por três máximas parciais, que são a da **adequação**, a da **necessidade** e a da **proporcionalidade em sentido estrito**. Embora o conteúdo de cada qual seja detalhadamente analisado nas páginas seguintes da presente monografia, adianta-se que as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade devem ser aplicadas nessa ordem. Ou seja, “a análise da **adequação** precede a da **necessidade**,

⁶⁴ ALEXY, Robert. Obra citada, p. 95-97.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Idem, p. 94.

⁶⁶ “Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : $(P_1 \text{ P } P_2) C$, y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica”. (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 94).

⁶⁷ ALEXY, Robert. Obra citada, p. 164.

que, por sua vez, precede a da **proporcionalidade em sentido estrito**.” Assim, “pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si.”⁶⁸

Tal sequência de aplicação das três máximas parciais não configuraria mero capricho acadêmico, pois, conforme afirma Luís Virgílio Afonso da Silva, “é justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras.” Para ele, a real importância dessa ordem fica patente “quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade **nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras**.”⁶⁹ Assim, só se aplica a máxima parcial da necessidade se a colisão de princípios não tiver sido resolvida com a máxima parcial da adequação. Outrossim, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito seria cabível apenas se a solução do problema não se esgotasse no exame da adequação e da necessidade.

A esta altura, já se pode tecer a seguinte observação terminológica: apesar de ser costumeiramente designada de princípio da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade enquadra-se, na tese em apreço, como regra. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são suscetíveis à ponderação. “Não é que umas vezes tenham precedência e outras não. O que se pergunta”, na verdade, “é se as máximas parciais são satisfeitas ou não.” Sendo assim, “as três máximas parciais tem que ser catalogadas como regras.”⁷⁰

Sobre a função da máxima em apreço, Luís Virgílio comenta que “a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.” E continua: “o objetivo da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão

⁶⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, 798/34.

⁶⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Idem, *ibidem*.

⁷⁰ “Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no [...]. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas.” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 112).

consagrada, uma **restrição às restrições**.”⁷¹

Cabe, agora, verificar o conteúdo e o modo de aplicação de cada máxima parcial. A tarefa será feita, a seguir, com base em um caso concreto, qual seja, o da Resolução n.º 1.021/80, do Conselho Federal de Medicina. Essa Resolução, editada para cuidar do problema atinente à recusa a transfusões de sangue por parte das Testemunhas de Jeová, dispõe que:

“Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1.º – Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2.º – Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.”

Com base na Resolução acima transcrita, “os médicos têm sedado seus pacientes para efetivar transfusão sangüínea forçada e os tribunais brasileiros têm reconhecido como válida esta conduta”.⁷²

Tem-se, pois, que o referido ato administrativo, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo (o direito à vida ou a própria vida), restringe outro direito fundamental (o direito à liberdade, sobretudo à liberdade de escolha e de religião).⁷³ Trata-se, portanto, de um caso que admite o crivo da proporcionalidade, a qual se desdobra, em um primeiro momento, na máxima parcial da adequação.

4.2.1. Adequação

⁷¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, 798/24.

⁷² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no Direito Civil Brasileiro. In: Cristiano Chaves de Farias (coord). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**, p. 100.

⁷³ Pimenta Bueno comenta que “a liberdade é sempre uma e a mesma, mas como ela pode ser considerada em diferentes relações, por isso costuma-se dividi-la ou classifica-la como liberdade do pensamento e sua comunicação, de consciência ou religião, de locomoção, viagem ou imigração, de trabalho ou indústria, de contratar e de associação” (Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império. Citado por: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 235).

Luís Virgílio Afonso da Silva observa que, “no Brasil, um difundido conceito de adequação sugere que um meio deve ser considerado adequado se for ‘apto para alcançar o resultado pretendido’.”⁷⁴ Não é outro o conceito de adequação adotado por Marçal Justen Filho, o qual ensina que, sob esta primeira máxima parcial, “identifica-se o fim a atingir e se avalia se as providências cogitadas **são aptas a produzi-lo**.”⁷⁵

Todavia, segundo Luís Virgílio, esse não seria o exato conteúdo da sub-regra em comento, pois o verbo **fördern** – empregado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e erroneamente traduzido por “alcançar” – significaria, na verdade, “fomentar”, “promover”. E conclui:

“Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. [...] Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.”⁷⁶

Ou, nas palavras de Robert Alexy:

“Se M_1 não é adequado para a promoção ou obtenção do fim F exigido por P_1 , ou idêntico a P_1 , então M_1 não é exigido por P_1 , quer dizer, para P_1 é igual se se utiliza M_1 ou não. Se, sob estas circunstâncias, M_1 afeta a realização de P_2 , então, no que diz respeito ao aspecto da otimização com relação às possibilidades fáticas, M_1 está proibido por P_2 .”⁷⁷

Assim, no exemplo escolhido, para que a Resolução seja considerada idônea sob o prisma desta primeira máxima parcial, a medida por ela veiculada – qual seja, a imposição, ao médico, do uso da hemoterapia – deve ser apta a atingir ou, pelo menos, a promover a finalidade do direito à vida (qual seja, preservar a vida). Em caso negativo, e tendo em vista que a medida afeta a realização do direito à liberdade, aquela imposição ao médico estará, desde logo, proibida por este segundo direito, ou

⁷⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, 798/36.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 60. Grfou-se.

⁷⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, 798/36.

⁷⁷ “Si M_1 no es adecuado para la promoción u obtención del fin F exigido por P_1 o idêntico con P_1 , entonces M_1 no es exigido por P_1 , es decir, para P_1 es igual si se utiliza M_1 o no. Si, bajo estas circunstancias, M_1 afecta la realización de P_2 , entonces, por lo que respecta al aspecto de la optimización con relación a las posibilidades fáticas, M_1 está prohibido por P_2 .” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 114-115).

princípio.

Inicialmente, convém referir que, devido aos riscos acarretados pelas transfusões de sangue – entre os quais são dignas de nota as reações hemolíticas⁷⁸, a imunossupressão⁷⁹ e diversas moléstias associadas às transfusões, tais como hepatite, transmissão do HIV, sífilis, infecção por citomegalovírus, malária, infecções com o vírus do herpes, toxoplasmose, doença do sono africana, doença de Chagas, leishmaniose, tifo, filariose e sarampo⁸⁰ – a hemoterapia é vista com não poucas reservas.

Some-se a isso o fato de que a medida poderia inibir o indivíduo quanto a procurar tratamento médico, o que certamente não contribuiria para a preservação de sua vida. É como observa Celso Ribeiro Bastos:

“Criar-se-ia situação extremamente estapafúrdia, beneficiando aquele que não procurasse auxílio médico, em detrimento daquele que, procurando-o, acabasse por perder sua liberdade pessoal. Em outras palavras, para que a transfusão pudesse ser obrigatória, a depender apenas da orientação médica apropriada, seria impositivo que também a procura pela orientação médica fosse obrigatória. Ora, o indivíduo, sabendo que sua doença ou enfermidade irá necessitar de transfusão de sangue, pode deixar de procurar os médicos justamente pela inclinação religiosa que lhe proíbe a transfusão. Neste caso, ele não se vê constrangido por qualquer punição jurídica pessoal em função desta sua recusa. [...] Assim, a posição daqueles que sustentam a possibilidade de transfusão de sangue mesmo contra a vontade do paciente estão, indiretamente, incitando as pessoas a deixarem de procurar auxílio médico, do que pode resultar um problema de saúde pública extremamente grave.”⁸¹

Ainda assim, os profissionais da área médica, de uma forma geral, ainda encaram as transfusões de sangue como sendo aptas a preservar a vida ou, pelo menos, a promover a sua preservação.

⁷⁸ “Se alguém com sangue do tipo A receber o do tipo B, poderá apresentar grave reação hemolítica. Esta pode destruir muitas hemácias e mata-lo rapidamente. Ao passo que a classificação do tipo sanguíneo e os testes de compatibilização são agora uma rotina, ainda acontecem erros.” (SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Como pode o sangue salvar a sua vida?**, p. 8).

⁷⁹ “Quando os médicos realizam um transplante de coração, do fígado, ou de outro órgão, o sistema imunológico do receptor pode detectar a presença do tecido estranho, e rejeitá-lo. **Todavia, uma transfusão é um transplante de tecido.** Mesmo o sangue que tenha sido ‘devidamente’ compatibilizado pode causar a supressão do sistema imunológico.” (SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Obra citada, p. 8. Grifos no original).

⁸⁰ SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Obra citada, p. 9-11.

⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. **Revista dos Tribunais**, 787/503.

Por outro lado, não se pode olvidar que, ao editar a Resolução, o agente considerou situações em que estão presentes, concomitantemente, o risco de vida e a perda de sangue. Não obstante, se o risco de vida não estiver associado à perda de sangue, a imposição da hemoterapia será, em princípio, inócua, mesmo porque as transfusões não são uma panacéia para se preservar a vida em toda e qualquer circunstância. Por conseguinte, a hemoterapia faz jus a um julgamento positivo de adequação apenas nos casos em que, a um só tempo, se configurem tanto a perda de sangue quanto o risco de vida associado àquela perda.

Logo, ausente a perda de sangue, ausente o risco de vida ou ausente a conexão entre risco de vida e perda de sangue, a imposição, ao médico, do uso da hemoterapia será, em princípio, indiferente ao princípio da proteção à vida. Inadequada, portanto. Por outro lado, em situações de risco de vida conexo à perda de sangue, a medida poderia ser avaliada como adequada. Assim, **quanto a estas últimas situações**, o exame da proporcionalidade da medida avança para a análise da necessidade.

4.2.2. Necessidade

Robert Alexy expõe o conteúdo desta segunda máxima parcial nos seguintes termos:

“O Estado fundamenta a persecução do fim *F* com o princípio *P*₁ ou *F* é idêntico a *P*₁. Existem, pelo menos, dois meios, *M*₁ e *M*₂, que são igualmente adequados para lograr ou promover *F*. *M*₂ afeta menos intensamente que *M*₁, ou não afeta em absoluto, a realização daquilo que exige uma norma iusfundamental com caráter de princípio, *P*₁. Sob estes pressupostos, para *P*₁ é igual que se eleja *M*₁ ou *M*₂. *P*₁ não exige que se eleja *M*₁ em lugar de *M*₂ ou *M*₂ em lugar de *M*₁. Para *P*₂, não é igual que se eleja *M*₁ ou *M*₂. [...] Desde o ponto de vista da otimização com respeito às possibilidades fáticas, sob o pressuposto da validade tanto de *P*₁ como de *P*₂, só *M*₂ está permitido e *M*₁ está proibido.”⁸²

⁸² “El Estado fundamente da prosecución del fin *F* con el principio *P*₁ o *F* es idéntico a *P*₁. Existen, por lo menos, dos medios, *M*₁ e *M*₂, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*. *M*₂ afecta menos intensamente que *M*₁, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, *P*₂. Bajo estos presupuestos, para *P*₁ es igual que se elija *M*₁ o *M*₂. *P*₁ no exige que se elija *M*₁ en lugar de *M*₂ o *M*₂ en lugar de *M*₁. Para *P*₂, no es igual el que se elija *M*₁ o *M*₂. [...] Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fáticas,

Luís Virgílio Afonso da Silva sintetiza:

“Se para o fomento do princípio P_1 , há duas medidas estatais, M_1 e M_2 , que são igualmente adequadas para esse fim, mas M_1 restringe um outro direito fundamental P_2 , é de se admitir que a otimização desse princípio P_2 exija que seja empregada a medida M_2 .”⁸³

“A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.”⁸⁴

No caso do ato administrativo aqui tomado como exemplo, a imposição, ao médico, do uso de transfusões de sangue é apta a promover o direito à vida, mas vai de encontro ao que exige o direito à liberdade. Assim, sob a óptica da teoria em apreço, é indispensável que a medida em consideração seja analisada sob o prisma da necessidade.

De acordo com esta segunda sub-regra, a imposição, ao médico, do uso da hemoterapia estará proibida caso haja um segundo meio que seja igualmente adequado a fomentar o direito à vida e que, além disso, afete menos intensamente do que aquela imposição, ou não afete em absoluto, o direito à liberdade do enfermo ou de seus representantes. **Isso exige que se averigüe a eventual existência e eficácia de tratamentos alternativos às transfusões de sangue.**

Acerca disso, Celso Ribeiro Bastos tece os seguintes comentários:

“A transfusão de sangue não é o único meio de que pode se valer o médico para salvar a vida ou a saúde de um adulto ou de uma criança. Há sim outros tratamentos alternativos – desenvolvidos e utilizados por médicos alopatas, e não por sectários de uma religião específica – que atingem o mesmo resultado. São eles: os expansores do volume do plasma, os fatores de crescimento hematopoéticos, a recuperação intra-operatória do sangue no campo cirúrgico, a hemostasia meticulosa etc. O fato de se ter mais de um tratamento em substituição à transfusão de sangue já nos leva logo a concluir que este procedimento não é o único modo de salvar a vida do paciente. Pode-se, portanto, prescindir dele por outras formas alternativas de

bajo el supuesto de la validez tanto de P_1 como de P_2 , sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido.” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 113-114).

⁸³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, 798/44.

⁸⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, 798/38.

tratamento.”⁸⁵

Os tratamentos alternativos acima alistados destinam-se a suprir as diversas necessidades específicas que, de outra forma, seriam atendidas mediante o uso de transfusões sangüíneas.

Por exemplo, a perda rápida e acentuada de uma grande quantidade de sangue em um acidente ou em uma cirurgia resulta em uma queda da pressão arterial que coloca a pessoa em risco de sofrer um choque hipovolêmico. Nessas circunstâncias, “o que se precisa basicamente é que se faça cessar a hemorragia e se restaure o **volume** do sistema circulatório. Isso impedirá o choque e manterá em circulação as restantes hemácias e outros componentes do sangue.” Para atingir esse objetivo, pode-se usar uma transfusão (de sangue total ou apenas da parte líquida dele, o plasma) ou, ainda, o primeiro meio alternativo mencionado por Bastos: os expansores do volume do plasma – tais como a solução salina normal, a solução de lactato de Ringer e a hidroxietila de amido – os quais, embora não contenham sangue, são eficazes em promover ou alcançar o objetivo a que se propõem.⁸⁶

Outra necessidade é a de reposição da quantidade de hemácias no sistema circulatório do paciente. Para supri-la, pode-se ministrar uma transfusão (de sangue total ou apenas de hemácias) ou usar o segundo meio a que Bastos faz alusão: os fatores de crescimento hematopoéticos, tais como os concentrados de ferro, “que podem ajudar o corpo a produzir glóbulos vermelhos três a quatro vezes mais rápido do que o normal”, e a eritropoietina sintética, “que estimula a medula óssea a produzir hemácias.”⁸⁷

Os outros dois tratamentos alternativos alistados por Bastos representam “métodos avançados de conservação do sangue”. Com a recuperação intra-operatória, “é possível aspirar e filtrar o sangue que flua em um ferimento, repondo-o depois em circulação.” A hemostasia, por sua vez, consiste no estancamento do fluxo de sangue dos vasos rompidos. Além disso, há o “bisturi elétrico para minimizar a hemorragia”, o aparelho coração-pulmão (tendo como volume de escorva

⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. **Revista dos Tribunais**, 787/494.

⁸⁶ SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Obra citada, p. 14.

⁸⁷ SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Idem, p. 15.

um líquido isento de sangue) para que a hemodiluição resultante minimize a perda de glóbulos vermelhos, a hipotermia, ou redução da temperatura do corpo do paciente, “para reduzir suas necessidades de oxigênio durante a cirurgia”, a desmopressina, “para abreviar o tempo de sangramento”, bem como outros instrumentos, medicamentos e métodos cirúrgicos igualmente destinados a promover a manutenção da vida do paciente.⁸⁸

A existência e eficácia desses tratamentos alternativos, invocadas pelas Testemunhas de Jeová e defendidas por Bastos, são atestadas por especialistas da área médica. Por exemplo, após mencionarem os expansores do volume de plasma e o uso do equipamento coração-pulmão, J. L. Dixon e M. G. Smalley asseveram que, “por empregarem estes, e por outras técnicas meticulosas, os médicos estão realizando grandes cirurgias, de todos os tipos, em pacientes que são Testemunhas, quer adultos, quer menores”⁸⁹.

Logo, em caso de risco de vida associado à perda de sangue, tanto a hemoterapia quanto os demais tratamentos alternativos são aptos a promover a manutenção da vida do paciente. Entretanto, impor à comunidade médica o uso das transfusões de sangue restringe o direito de liberdade do paciente ou de seus responsáveis, ao passo que impor ao médico o uso de tratamentos alternativos não restringiria, ou restringiria em menor medida do que a primeira imposição, tal direito. Por conseguinte, o meio restritivo ora em apreço poderia ser considerado desnecessário e, conseqüentemente, desproporcional.

Por outro lado, costuma-se fazer alusão à hipótese em que o paciente esteja sob risco de vida associado à perda de sangue e o médico não tenha à sua

⁸⁸ SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Idem, ibidem.

⁸⁹ DIXON, J.L.; SMALLEY, M. G. Jehovah's Witnesses. The surgical/ethical challenge. **The Journal of the American Medical Association**. American Medical Association, v. 246, n.º 21, p. 2471-2472, 27 de novembro de 1981, p. 2471. Eis o *abstract* do artigo, no original, de onde foi colhida a citação: “Physicians face a special challenge in treating Jehovah's Witnesses. Members of this faith have deep religious convictions against accepting homologous or autologous whole blood, packed RBCs, WBCs, or platelets. Many will allow the use of (non-blood-prime) heart-lung, dialysis, or similar equipment if the extracorporeal circulation is uninterrupted. Medical personnel need not be concerned about liability, for Witnesses will take adequate legal steps to relieve liability as to their informed refusal of blood. They accept nonblood replacement fluids. Using these and other meticulous techniques, physicians are performing major surgery of all types on adult and minor Witness patients. A standard of practice for such patients has thus developed that accords with the tenet of treating the 'whole person'.”

disposição qualquer tratamento alternativo às transfusões. Nessa situação, a hemoterapia seria tida como necessária, visto que, em tal hipótese, inexistiria outro meio apto a promover a preservação da vida. Então, **quanto a essa hipótese**, o exame da proporcionalidade segue com a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

4.2.3. Proporcionalidade em Sentido Estrito

Robert Alexy chama esta terceira máxima parcial de “lei da ponderação” e lhe atribui o seguinte conteúdo: “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”⁹⁰

Em mais detalhes, Luís Virgílio Afonso da Silva expõe o conteúdo desta sub-regra nos seguintes termos:

“o exame da proporcionalidade em sentido estrito [...] consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. [...] Alexy costuma dividir o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de importância da realização do direito que justifica a medida restritiva em **alto, médio e pequeno**. Assim, se o grau de restrição a um direito é médio - portanto longe de implicar a sua não-realização -, mas o grau de importância da realização do direito colidente é pequeno, então a medida é desproporcional.”⁹¹

Ante o exposto, no caso em que a imposição, ao médico, do uso da hemoterapia configure, em tese, um meio adequado e necessário, restaria efetuar um sopesamento entre a importância da satisfação do direito à vida e o grau de afetação do direito à liberdade.

Ocorre que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito não formula qualquer critério para se dimensionar, com precisão, a importância do primeiro princípio e o grau de afetação do outro. O problema não passa despercebido por Alexy, que reconhece: “quem diz que uma afetação muito intensa só pode ser justificada mediante um grau de importância muito alto da satisfação do princípio

⁹⁰ “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 161).

⁹¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, 798/40-41.

oposto **não diz todavia nada acerca de quando se dá uma afetação muito intensa e quando um grau de importância muito alto.**” Diante das dificuldades em se preencher o conteúdo desses “enunciados acerca dos graus de afetação e importância”, e tendo presente que “os argumentos aduzíveis para a fundamentação de tais enunciados não tem nenhum caráter específico de ponderação”, Alexy conclui por dizer que, aqui, **“é possível tomar em conta qualquer argumento da argumentação jurídica.”**⁹²

No caso tomado como exemplo, um dos argumentos que poderiam ser empregados para sustentar uma solução que privilegiasse o **alto grau de importância ao direito à vida** seria aquele segundo o qual esse direito tem certa primazia funcional sobre os demais direitos. O argumento poderia ser emprestado das lições de Elimar Szaniawski, que diz:

“Embora reconheçamos que a personalidade humana e suas manifestações não comportem graus, sendo, em princípio, os direitos especiais de personalidade todos iguais em importância e dignos de idêntica proteção, destaca-se entre estes o direito à vida, como o primeiro e mais importante atributo da personalidade humana. O direito à vida funde-se com a própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade. Personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis. Os outros direitos ou atributos da personalidade humana, que se constituem, segundo a teoria fracionada, em direitos especiais de personalidade, decorrem diretamente da vida. Sem vida, não há pessoa, não se constituem direitos de personalidade.”⁹³

Outro argumento para advogar a mesma tese estaria em atribuir à vida o caráter de bem coletivo. Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto cita um julgado, referente à recusa à hemoterapia, no qual o relator alegou que “a vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo, egoisticamente”.⁹⁴ De modo similar, Maria Helena Diniz sustenta que “a recusa de medicação ou tratamento, como a transfusão de sangue, revela um comportamento antiético, porque

⁹² Quien dice que una afectación muy intensa sólo puede ser justificada mediante un grado de importancia muy alto de la satisfacción del principio opuesto **no dice todavia nada acerca de cuándo se da una afectación muy intensa y cuándo un grado de importancia muy alto.** [...] Se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia. Los argumentos aducibles para la fundamentación de tales enunciados no tienen ningún carácter específico de ponderación. **Es posible tomar en cuenta cualquier argumento de la argumentación jurídica.** (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 164. Grifou-se).

⁹³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**, p. 146.

⁹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 181.

é da essência do ser humano conservar e proteger a vida, que é um bem superior à liberdade de crença.”⁹⁵ Sendo, então, um bem coletivo – e, por isso, um bem indisponível, superior à liberdade individual – a solução seria impor, ao médico, a aplicação da hemoterapia.

No lado oposto, contudo, as Testemunhas de Jeová entendem que a imposição de uma transfusão sangüínea representa um **alto grau de restrição ao direito à liberdade**. Elas sustentam esse enunciado por dizerem que, “uma vez que a Bíblia situa a abstenção de sangue no mesmo nível moral que evitar a fornicção, forçar um cristão a tomar sangue seria o equivalente ao sexo forçado – o estupro.”⁹⁶

Além disso, os que são contrários à medida ora questionada poderiam rebater o argumento da primazia funcional do direito à vida por dizerem que, após sofrer uma transfusão de sangue forçada, o paciente poderia perder a própria vontade de viver (afinal, para que fim ainda lhe serviria a vida se a sua consciência restou violada naquilo que ele, paciente, velava como mais sagrado em sua vida?). E, para afastar o argumento da indisponibilidade da vida, poderiam adotar o seguinte entendimento, delineado por Maria Celina Bodin de Moraes:

“Em geral, o interesse coletivo, público, encontra-se, juridicamente, em nível superior ao interesse do indivíduo. Assim, por exemplo, em caso de conflito entre o direito à informação (da sociedade) e o direito à intimidade (individual), normalmente prevalece o direito à informação. No entanto, na área da biomedicina, é o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica.”⁹⁷

Ou, ainda, o entendimento de Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino:

“Alegar que a liberdade de religião deve ser sacrificada em prol do direito indisponível à vida é desconhecer que também a liberdade de religião é aspecto fundamental e igualmente indisponível da personalidade. E se dela não pode dispor o paciente, menos ainda o médico. A personalidade é um todo complexo do qual fazem parte a vida e a liberdade de culto, não podendo o médico, abstratamente e de acordo com a sua cultura, abrir mão

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 224-225.

⁹⁶ SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Obra citada, p. 20.

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 129.

de uma garantia em favor da outra. Só o paciente pode, nestes casos, avaliar que aspecto é ‘mais fundamental’ para a sua personalidade.”⁹⁸

Percebe-se que as razões invocadas em benefício da liberdade são especialmente plausíveis. Não obstante, deve-se admitir que, do ponto de vista jurídico, os argumentos aduzidos em prol do direito à liberdade (equivalência entre a imposição da transfusão e o estupro; prevalência do interesse individual na biomedicina; indisponibilidade não apenas da vida, mas também da liberdade) não são muito fortes quando o paciente é juridicamente incapaz para os atos da vida civil.⁹⁹ Sem contar que, quando o paciente se encontra nessa condição de incapacidade, os argumentos utilizados em defesa da prevalência do direito à vida (vida como condição para o exercício dos demais direitos; vida como bem coletivo, indisponível) se revestem de uma robustez jurídica aparentemente maior.

Embora existam outros argumentos que, eventualmente, poderiam informar a discussão, as considerações feitas acima já são suficientes para o estabelecimento da seguinte relação básica de precedência condicionada: em caso de risco de vida associado à perda de sangue, de não estarem disponíveis tratamentos alternativos e de ser o paciente juridicamente incapaz, a liberdade (sobretudo de escolha e de religião) estaria proibida – aqui, além de adequada e necessária, a medida seria proporcional, pois a importância da realização do direito à vida seria maior do que a intensidade da restrição ao direito de liberdade. Em qualquer outro caso de recusa à hemoterapia, a liberdade prevaleceria. Nesta segunda hipótese, a imposição, ao médico, do uso da transfusão estaria proibida. Naquela primeira, não.

Sendo adotada tal solução, a Resolução em apreço seria inadequada quanto aos casos de ausência de perda de sangue, de ausência de risco de vida ou de ausência de conexão entre perda de sangue e risco de vida; desnecessária quanto às situações em que, apesar da adequação da medida, houver disponibilidade de tratamento alternativo; e desproporcional em sentido estrito quando, a despeito da

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *Minorias no Direito Civil Brasileiro*. In: Cristiano Chaves de Farias (coord). *Obra citada*, p.100.

⁹⁹ Código Civil, art. 3.º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

adequação e da necessidade da medida, o paciente for juridicamente capaz.

Demonstrado o conteúdo da máxima da proporcionalidade, bem como o seu modo de aplicação, cumpre situar tal postulado no âmbito da teoria do ato administrativo.

5. A Máxima da Proporcionalidade na Teoria da Validade do Ato Administrativo

Em sua primeira máxima parcial – adequação – a regra da proporcionalidade exige que o meio estatal (M_1) seja apto a promover a finalidade (F) do direito fundamental, ou princípio, em consideração (P_1). São três fatores: meio, finalidade e norma. Nesse aspecto, a máxima da proporcionalidade não é inédita. Tanto é assim que os três fatores podem ser claramente identificados na teoria tradicional do ato administrativo.

Na teoria dos elementos do ato administrativo, M_1 equivale ao objeto. A similitude resta evidente quando se observa que a discussão acerca do conceito de objeto – se o objeto é o efeito **produzido** com o ato ou o efeito cuja produção é **almejada** com o ato (ver 2.3) – é análoga à discussão sobre o conceito de adequação – se adequado é o meio apto a **atingir** a finalidade ou a **promover** a finalidade do princípio (ver 4.2.1).

Ademais, ainda no âmbito da teoria tradicional, F corresponde à finalidade do ato administrativo. Trata-se, mais precisamente, da finalidade específica, ou seja, da finalidade relacionada com a própria natureza do ato, da finalidade peculiar a uma certa regra de competência – a qual, na máxima da proporcionalidade, teria seu correspondente em P_1 .

De modo similar, a máxima da proporcionalidade também não é inédita quanto ao modo como esses fatores se relacionam. Dizer, na sub-regra da adequação, que o meio deve ser apto a fomentar dado princípio não é nem um pouco estranho à tradicional teoria do ato administrativo. A exigência poderia, por exemplo, ser extraída do pensamento de Caio Tácito, o qual, há bastante tempo, ensina que, “além da condição geral de licitude, deve o objeto se relacionar com a competência

específica da autoridade”.¹⁰⁰

Outrossim, os vícios acusados pela máxima da proporcionalidade também não passam despercebidos pela teoria tradicional. No caso da Resolução CFM n.º 1.021/80, o meio foi considerado inadequado porque, ao que parece, o agente levou em consideração apenas a presença do risco de vida e da perda de sangue, sem considerar, contudo, a necessidade de correlação entre o risco e a perda (ver 4.2.1). Na teoria tradicional, isso seria tido como um vício de motivo. Como lembra André Gonçalves Pereira, “o agente nunca age sem que se verifique algum pressuposto, algum estímulo do mundo exterior”, sendo que “é da apreciação desse pressuposto que surge o objecto do acto.”¹⁰¹ Vale dizer: se a avaliação do pressuposto for errônea (como acontece quando o agente entende que bastam o risco de vida e a perda de sangue para que caiba a hemoterapia), o objeto (a imposição, ao médico, do uso das transfusões) também o será. É exatamente essa a conclusão a que se chegou na análise da máxima parcial da adequação.

A máxima parcial da necessidade, por sua vez, reclama que se busque um meio (M_2) que seja igualmente adequado para fomentar um princípio (P_1) e que não afete, ou afete menos intensamente do que o primeiro meio (M_1), um outro princípio (P_2). Também aqui a máxima da proporcionalidade carece de significativas novidades.

Com efeito, na teoria tradicional do ato administrativo, o conteúdo da máxima parcial da necessidade seria traduzido como a busca por um objeto igualmente apto a promover uma regra de competência e que não afetasse, ou afetasse menos intensamente do que o primeiro objeto, uma outra regra de competência. Tal conteúdo poderia ser extraído da seguinte assertiva, formulada por Tácito: “a primeira forma dinâmica de produção do ato administrativo é a constatação da existência dos motivos. Segue-se, imediatamente, a apreciação do valor desses motivos, a fim de que possa a autoridade se orientar no tocante à **necessidade de sua atuação e aos meios indicados para a obtenção de um resultado.**”¹⁰²

É conveniente observar que, na passagem acima transcrita, Tácito

¹⁰⁰ TÁCITO, Caio. Obra citada, p. 59.

¹⁰¹ PEREIRA, André Gonçalves. Obra citada, p. 123.

¹⁰² TÁCITO, Caio. Obra citada, p. 66. Grifou-se.

indica que, para avaliar os meios indicados para a obtenção de um resultado, o agente precisa constatar e valorar os pressupostos do ato. Tal imperativo também se faz presente, ainda que implicitamente, na máxima parcial da necessidade. Tanto é assim que a comentada Resolução foi considerada desnecessária por não prever a disponibilidade de tratamentos alternativos, ou, ainda, por não considerar a sua eficácia em substituir a hemoterapia. Vale dizer: o fato foi ignorado ou tido em pouca conta pelo agente.¹⁰³ Destarte, à semelhança da inadequação, a desnecessidade da medida também corresponde a um vício de motivo.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito requer que a importância da realização de P_1 seja maior do que a intensidade da restrição a P_2 . Na teoria tradicional, isso equivaleria a dizer que a importância da realização da primeira regra de competência deve ser maior do que a restrição à outra regra de competência. Considerando que cada regra de competência tem uma finalidade específica, trata-se de averiguar se a importância da realização da primeira finalidade específica é maior do que a intensidade da restrição à segunda finalidade específica. Ou seja, deve-se investigar qual das duas finalidades em conflito deve ser prestigiada como sendo, no caso concreto, o interesse público.

A correlação fica clara quando se tem em mente que a teoria de Alexy não ignora a dificuldade em preencher o conteúdo da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, da mesma forma como a teoria tradicional do ato administrativo reconhece a dificuldade em se dizer o que é o interesse público. Ademais, esta terceira sub-regra admite qualquer argumento da argumentação jurídica, permitindo, assim, que argumentos de diversas naturezas assumam uma feição

¹⁰³ Nos fundamentos da Resolução, o agente considerou duas situações. Na primeira, “a transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente. Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada.” Na segunda, “o paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.” Parece que, nesta segunda hipótese, ele não tomou em conta os tratamentos alternativos, apesar de individualizar o caso de indispensabilidade da hemoterapia. Mas, ainda que não fosse assim, a existência desses tratamentos não foi considerada no objeto do ato, visto que, no dispositivo da Resolução, não se faz referência alguma à indispensabilidade das transfusões. Em outras palavras: ainda que, nos fundamentos, a medida tenha sido pensada para o caso (a) de risco de vida e (b) de falta de tratamento alternativo, no objeto falou-se apenas em risco de vida, o que poderia dar a entender que o médico estaria autorizado a impor a transfusão de sangue ainda que houvesse tratamentos alternativos. Isso indicaria a presença de vício naquilo que André Gonçalves Pereira designa de causa do ato administrativo (ver 2.2).

jurídica. Isso, na teoria tradicional, é próprio do princípio da supremacia do interesse público. De acordo com Ruy Cirne Lima, “não tem [...] o princípio de utilidade pública conteúdo jurídico. Certo, a sua realização poderá, algumas vezes, supor ou reclamar a realização concomitante de princípios jurídicos. [...] Isso não lhe confere, porém, conteúdo jurídico; bem ao contrário, às ciências não-jurídicas que, como a Sociologia e a Política e a Ciência da Administração, prestam subsídio à obra da lei e do governo, cabe a determinação do largo e variável conteúdo desse princípio fundamental do Direito Administrativo.”¹⁰⁴

Para comprovar, nesse aspecto, a correspondência entre a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio da finalidade, basta ver que, no caso tomado como exemplo, os argumentos utilizados para sustentar a proporcionalidade em sentido estrito da medida (vida como condição para o exercício dos demais direitos; vida como bem coletivo, indisponível) podem ser empregados para afirmar que a medida satisfaz o interesse público, ao passo que as razões que fundamentam a desproporcionalidade em sentido estrito da medida (equivalência entre a imposição da transfusão e o estupro; prevalência do interesse individual na biomedicina; indisponibilidade não apenas da vida, mas também da liberdade) são as mesmas empregadas para embasar a assertiva segundo a qual a medida contraria o interesse público.

Tais considerações demonstram que a máxima da proporcionalidade não supre qualquer deficiência ou omissão da teoria tradicional. Nesta, cada máxima parcial já possui seu correspondente. Não se advoga, aqui, a existência de uma perfeita justaposição em uma e outra teoria. Defende-se, isto sim, que, **do ponto de vista jurídico, o tradicional exame dos motivos do ato administrativo dispensa as máximas parciais da adequação e da necessidade, ao passo que o tradicional exame da finalidade do ato dispensa a invocação à máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.**

Se tanto a inadequação quanto a desnecessidade da medida correspondem a vícios de motivo do ato administrativo e se, como dito outrora, os vícios de motivo estão entre as hipóteses de vícios de legalidade, então **a inadequação**

¹⁰⁴ LIMA, Ruy Cirne. Obra citada, p. 16.

e a desnecessidade da medida são duas espécies de vício de legalidade. Ademais, se a desproporcionalidade em sentido estrito corresponde a um vício de finalidade do ato administrativo e se, como exposto alhures, os vícios de finalidade estão entre as hipóteses de vícios de legalidade, então **a desproporcionalidade da medida também é uma das espécies de vício de legalidade.** Segue-se uma conclusão lógica: **a máxima da proporcionalidade é um desdobramento do princípio da legalidade.** Tanto é assim que, ao se referir às máximas parciais, o próprio Alexy ensina que “a sua não satisfação tem como consequência a **ilegalidade**.”¹⁰⁵

Trata-se de um desdobramento desnecessário. Apesar disso, será que a adoção da máxima da proporcionalidade seria útil para o Direito Administrativo brasileiro? É o que se tentará responder a seguir.

6. A Máxima da Proporcionalidade e o Direito Administrativo Brasileiro

A máxima da proporcionalidade possui inegáveis vantagens. Uma delas, talvez a principal, consiste em deixar consignada a diferença entre princípios de valores.

Para Alexy, aquilo que é, **prima facie**, o melhor no modelo dos valores é, **prima facie**, o devido no modelo dos princípios. Segundo essa concepção, “os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente.”¹⁰⁶ Por conseguinte, “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito **axiologicamente neutro** e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental”.¹⁰⁷

Ao comparar o modelo dos valores com o dos princípios, Alexy opta pelo segundo com base em duas razões: em primeiro lugar, “o modelo dos princípios tem a vantagem de que nele se expressa claramente o caráter de dever ser”; em

¹⁰⁵ “Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad.” (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 112. Grifou-se)

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Obra citada, p. 147. “Lo que en el modelo de los valores es **prima facie** lo mejor es, en el modelo de los principios, **prima facie** debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.”

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 1/615.

segundo, “o conceito de princípio, em menor medida que o dos valores, dá lugar a menos falsas interpretações.”¹⁰⁸ Essas falsas interpretações axiológicas, a seu turno, decorrem de se tentar, quase que por instinto, estabelecer uma abstrata relação hierárquica entre os valores, o que a teoria dos princípios de Alexy não admite.

Isso resta bastante claro na questão da recusa às transfusões de sangue. Naquele julgado mencionado por Miguel Kfoury Neto e já comentado na presente monografia (ver 4.2.3), o relator entendeu que “a lei vigente exerce opção axiológica pela vida e pela saúde, inadmitindo a exposição desses valores primordiais na expressão literal de seu texto, a perigo direto e iminente.”¹⁰⁹ Diverso, porém, é o entendimento de Joaquín Arce y Flóres-Valdés, para quem a liberdade é o valor ao qual talvez se possa reconhecer “certa primazia funcional, em algum sentido ao menos, sobre os demais valores enunciados.”¹¹⁰ Essa discussão acerca da posição que a vida e a liberdade ocupam em uma suposta e abstrata escala axiológica poderia se eternizar. Nisso, deve-se reconhecer a vantagem da teoria de Alexy, na qual o conceito de princípio é axiologicamente neutro.

Por outro lado, apesar de suas vantagens, a máxima da proporcionalidade não encontra espaço para ser corretamente adotada no Direito Administrativo pátrio. O que obsta essa adoção é o fundamento do mencionado postulado. Como já exposto, a máxima da proporcionalidade tem por base a teoria dos princípios defendida por Alexy (ver 4.1). Assim, os defensores daquela máxima devem adotar esta teoria. Isso significa que os adeptos da regra da proporcionalidade precisam adotar o conceito de princípio esboçado por Alexy. Ou sejam, devem dizer que uma

¹⁰⁸ “En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla en favor del modelo de los principios.” [...] En todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios.” (ALEXY, R. Obra citada, p. 147).

¹⁰⁹ KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p. 181.

¹¹⁰ “En relación con el valor libertad, primero textualmente entre los enunciados como valores superiores por la Constitución, quizá también podemos reconocerle cierta primacía funcional, en algún sentido al menos, sobre los demás valores enunciados. Porque si nuestra Constitución trata de alcanzar una sociedad abierta [...] en tal caso el valor libertad, que parte de una idea integral del hombre, viene a ser el pilar fundamental y la idea apriorística de todas las demás.” (Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, p. 111-115. Citado por: BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. **Revista dos Tribunais**, 787/501-502).

norma só é caracterizada como princípio por ter ela uma estrutura específica, qual seja, a de mandamento de otimização. Todavia, **no Direito Administrativo brasileiro, não é esse o critério usado pelo doutrinadores para distinguir os princípios das demais normas**. Para a definição do que vem a ser um princípio, os administrativistas pátrios usam critérios estranhos à teoria dos princípios advogada por Alexy. Eis alguns exemplos:

Celso Antônio Bandeira de Mello:

“princípio [...] é, por definição, **mandamento nuclear** de uma sistema, verdadeiro **alicerce** dele, **disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas** compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”¹¹¹

Celso Ribeiro Bastos: “os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que **expressam em maior ou menor escala todas as normas** que compõem a seara do direito.”¹¹²

Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Não há ciência sem princípios. Toda construção científica se funda em proposições abstratas, que são induzidas de um conjunto de normas. As normas, por sua vez, explicam ou regem os fatos, conforme se trate de ciência descritiva ou de ciência normativa. Em síntese, os princípios são abstrações de segundo grau, **normas de normas**, em que se buscam exprimir proposições comuns a um determinado sistema de leis.”¹¹³

Diógenes Gasparini: “constituem os princípios um conjunto de preposições que **alicerçam ou embasam um sistema** e lhe garantem a validade.”¹¹⁴

Juarez Freitas:

“Por princípio ou **objetivo fundamental** entende-se o critério ou a **diretriz**

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 912-913.

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**, p. 23.

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, p. 61.

¹¹⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, p. 6.

basilar do sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas.”¹¹⁵

José Cretella Júnior: “Princípios de uma ciência são as **proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes**. Princípio, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência.”¹¹⁶

Lúcia Valle Figueiredo:

“Inicialmente, impende trazer a comento o sentido da palavra princípio, e, para isso, chamamos à colação André Labande: ‘D. Mais geralmente, denomina-se “princípios” de uma ciência ao conjunto das proposições diretivas, características, às quais todo o desenvolvimento ulterior deve ser subordinado. Princípio, neste sentido, e principal despertam sobretudo a idéia do que é **primeiro em importância**, e, na ordem do consenso, do que é **fundamental**.’”¹¹⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a moralidade administrativa aparece como princípio, ou seja, como **proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico**, de conteúdo indefinido.”¹¹⁸

Odete Medauar:

“Em direito, princípios são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico (Karl Larenz, Derecho justo, 1985, p. 14). Constituem em ‘enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para a elaboração de novas normas’ (Miguel Reale, Lições preliminares de direito, 1974, p. 339). Constituem as **bases nas quais assentam institutos e normas jurídicas**.”¹¹⁹

Sergio de Andréa Ferreira: “Toda ciência apóia-se, do ponto de vista

¹¹⁵ FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**, p. 16.

¹¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, 97/7.

¹¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 37, 38.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 767.

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, p. 141.

lógico, em princípios ou **juízos fundamentais**, que constituem a base do respectivo conhecimento.”¹²⁰

O que há em comum em todos esses conceitos, nos quais os grifos não aparecem no original, é que o princípio é considerado como tal pela sua posição fundamental em relação a outras normas. Entretanto, “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, **nada** diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, **mas pode também não o ser**, já que uma norma é um princípio **apenas em razão de sua estrutura normativa** e não de sua fundamentalidade.” É por isso que “muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra.”¹²¹ Esse é o caso da legalidade e da finalidade.

De acordo com Michel Stassinopoulos, o “**princípio da ‘legalidade da administração’** [...] constitui a **regra fundamental** do direito dos atos administrativos.”¹²² Outrossim, Fernando Garrido Falla leciona que “o **princípio da legalidade** é uma das consagrações políticas do Estado de Direito e, ao mesmo tempo, **a mais importante das colunas sobre que se assenta o total edifício do Direito Administrativo.**”¹²³ Em tais apontamentos, a legalidade é tida como fundamental “ao direito dos atos administrativos” ou “ao total edifício do Direito Administrativo” e, por isso mesmo, é também chamada de princípio.

O mesmo se diga quanto ao postulado da finalidade, que a teoria tradicional qualifica como princípio por assumir ele uma posição basilar, fundamental, no Direito Administrativo, condicionando todas as normas desse ramo jurídico. Conforme ensina Ruy Cirne Lima, “**forma-se o Direito Administrativo do acúmulo de regras de direito sobre o princípio da utilidade pública.** Logo, porém, é

¹²⁰ FERREIRA, Sergio de Andréa. **Direito Administrativo Didático**, p. 44.

¹²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, 1/613.

¹²² “La soumission de l’administration à la loi se réalise en vertu du principe de la ‘légalité de l’administration’, qui constitue la **règle fondamentale** du droit des actes administratifs.” (STASSINOPOULOS, Michel D. Obra citada, p. 19).

¹²³ “El principio de la legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la **más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del derecho administrativo.**” (GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**, v. 1, p. 273. Grifou-se).

suplantado o princípio básico pelas normas jurídicas que já sobre ele se amontoam, relativas ao Estado, em cuja atividade encontra a utilidade pública, por excelência, o veículo de sua realização.”¹²⁴

Por outro lado, a legalidade e a finalidade não são mandamentos de otimização, nem normas passíveis de sopesamento; são normas que só podem ser cumpridas ou não. Portanto, embora sejam princípios na teoria tradicional, a legalidade e a finalidade devem ser enquadradas como regras na teoria de Alexy.

Percebe-se que o vocábulo “princípio” não é unívoco. Não cabe, aqui, decidir em qual dos seus diversos sentidos a palavra deve ser usada. O que não se admite é a confusão terminológica e tipológica que amiúde se faz. Com efeito, “é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções [...] mais tradicionais.”¹²⁵

Marçal Justen Filho, por exemplo, à semelhança de Alexy, classifica as normas em princípios e regras e afirma expressamente que a diferença entre as duas espécies seria estrutural.¹²⁶ Entretanto, ao fazer uma tipologia de princípios, Justen Filho se pauta no entendimento tradicional e nela insere o princípio da legalidade e o princípio da federação.¹²⁷ “Há, contudo, uma contradição nesse proceder”, pois falar em princípio da legalidade e da federação “só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios.”¹²⁸ Esse sincretismo de teorias pode conduzir a uma má aplicação da máxima da proporcionalidade.

Destarte, e lembrando que a máxima proporcionalidade mantém uma

¹²⁴ LIMA, Ruy Cirne. Obra citada, p. 17. Grifou-se. À mesma página dessa obra, o citado autor assim ilustra essa característica do princípio em tela: “produz o princípio de utilidade pública a formação do Direito Administrativo, como qualquer acidente do terreno pode causar a formação de um cômodo nas praias do mar. É suficiente que uma saliência mínima enrugue o chão liso. Sobre ela, batidas pelo vento, logo as areias se acumulam e já o acúmulo das primeiras suplanta a saliência primitiva para fazer-lhe as vezes e deter e acumular as novas areias que o vento tange.”

¹²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, 1/613.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 52-53.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*, p. 56.

¹²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, 1/613.

vinculação necessária com a teoria de Alexy, a adoção da regra da proporcionalidade deveria ser acompanhada de uma mudança terminológica e tipológica em que se falasse, não em princípio, mas em regra da legalidade e regra da finalidade. A própria máxima da proporcionalidade deveria ser referida como regra, e não como princípio da proporcionalidade, como é comumente chamada.

Entretanto, semelhante mudança não deve ser aguardada. É como diz Luís Virgílio Afonso da Silva:

“Não é possível [...] fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo ‘princípio’, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como ‘princípio da anterioridade’ e ‘princípio da legalidade’ sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo ‘princípio’, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.”¹²⁹

Com efeito, promover, no Direito Administrativo brasileiro, a adoção da máxima da proporcionalidade e de seu fundamento seria contraproducente. Vale notar, contudo, que esse fundamento também já tem uma figura correspondente na teoria tradicional. A idéia que alicerça a máxima da proporcionalidade é a mesma que aparece subentendida nos diversos conceitos que os autores tradicionais conferem à atividade de polícia administrativa do Estado.

Entre conceitos que são atribuídos a essa atividade estatal, Odília Ferreira da Luz Oliveira indica um ponto em comum: “a idéia de que as liberdades individuais e a propriedade privada, apesar de asseguradas e garantidas pelo ordenamento jurídico, comportam limites por ele traçados e dentro dos quais devem ser exercidas. **Direito de liberdade e direito de propriedade** são exatamente a **liberdade** e a **propriedade** tal como desenhadas por um dado sistema normativo”.¹³⁰ Assim, “convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as

¹²⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, 798/26.

¹³⁰ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Implicações da Distinção entre Poder de Polícia e Serviço Público. *Revista de Direito Público*, 74/207. Grifou-se.

expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo.”¹³¹

Fazer, na teoria de Alexy, uma diferença entre princípios e regras corresponderia a estabelecer, na teoria tradicional, aquela diferença entre liberdade e direito de liberdade, bem como entre propriedade e direito de propriedade. A correlação é bastante clara: na primeira teoria, os princípios expressam direitos **prima facie**, ao passo que as regras expressam direitos definitivos; na outra, liberdade e propriedade são posições **prima facie**, enquanto que o direito à liberdade e o direito à propriedade são posições definitivas. Na primeira teoria, os princípios podem entrar em colisão entre si; na outra, o exercício da liberdade e da propriedade pode entrar em conflito com o interesse público. Na primeira teoria, fala-se em restrições a princípios; na outra, fala-se em limitações administrativas. Na primeira teoria, as restrições aos princípios devem atender à máxima da proporcionalidade; na outra, as limitações administrativas estão sujeitas ao controle de validade pelo exame do motivo e da finalidade do ato, inclusive. Se há esse paralelo entre as teorias, também aqui falta razão para o Direito Administrativo brasileiro abrir mão de uma, já consolidada, para adotar outra semelhante.

7. Conclusão

Do ponto de vista jurídico, o tradicional exame do motivo do ato administrativo dispensa as sub-regras da adequação e da necessidade, ao passo que, com a tradicional verificação da finalidade do ato, pode-se prescindir da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Em síntese: do ponto de vista teórico, a teoria tradicional do ato administrativo dispensa a máxima da proporcionalidade. Isso não significa que a máxima da proporcionalidade não deva ser observada, entenda-se. Significa apenas que a sua não observância também é acusada pela teoria tradicional.

Ademais, como visto alhures, aquele exame tradicional emprega basicamente o princípio da legalidade, o qual de longa data informa o Direito Público. Isso remete àquela advertência colacionada no início deste trabalho: embora seja possível, o desdobramento de princípios como esse (o da legalidade) nem sempre é desejável. E, como

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 776.

não há sintonia entre o arsenal teórico dos administrativistas pátrios e a teoria que fundamenta a máxima da proporcionalidade – o que, por si só, não é demérito algum para uma ou outra teoria – este é um dos casos em que, ao que parece, o mencionado desdobramento não merece ser promovido.

Em suma: há dois caminhos a seguir, quais sejam, o da teoria tradicional e o da máxima da proporcionalidade. Ambos são válidos. Entretanto, cada qual exige um instrumental teórico diferente, sendo que a utilização simultânea das duas teorias pode gerar contradições. O instrumental teórico de que se servem os administrativistas pátrios não coincide com aquele exigido pela máxima da proporcionalidade. Assim, e considerando que a teoria tradicional permite que se chegue ao mesmo destino da máxima da proporcionalidade, aquela teoria parece ser a preferível.

Esta conclusão não deve ser tida como sintoma de uma fobia por qualquer inovação doutrinária. Antes, reflete a crença de que o devido e constante cumprimento dos princípios elementares do Direito Administrativo – legalidade e finalidade – dispensaria, a contento, a aplicação paralela de outros modelos teóricos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 90, v. 787, p. 493-507, 2001.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 1.^a ed. brasileira. Forense: Rio de Janeiro, 1970.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. rev. e atual. rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 25, n.º 97, p. 5-52, jan./mar. 1988.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2.^a ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIXON, J.L; SMALLEY, M. G. Jehovah's Witnesses. The surgical/ethical challenge. **The Journal of the American Medical Association**. American Medical Association, v. 246, n.º 21, p. 2471-2472, 27 de novembro de 1981.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 220, p. 121-138, abr./jun. 2000.

_____. **Direito Administrativo Didático**. 3.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. Volume 1. 9.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7.^a ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Volume III. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10.^a ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.^a ed. atual. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 10.^a ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Direito Administrativo: Origens, Perspectivas e Outros Temas**. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Implicações da Distinção entre Poder de Polícia e Serviço Público. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, ano 18, n. 74, p. 207-216, abr./jun. 1985.

_____. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**. Lisboa:

Ática, 1962.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo – parte primeira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 6, p. 41-78, out. 1946.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n.º 1, p. 607-629, jan./jun. 2003.

SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Como pode o sangue salvar a sua vida?** Cesário Lange: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990.

STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité des Actes Administratifs**. Atenas: Institut Français d’Athènes, 1954.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no Direito Civil Brasileiro. In: Cristiano Chaves de Farias (coord). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Primeira Série**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 91-112.